

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 98-D-27 du 21 avril 1998 relative à des pratiques constatées à l'occasion de la passation d'un marché de sel de déneigement dans le département de la Nièvre

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 28 décembre 1995 sous le numéro F 833, par laquelle le Conseil a été saisi par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur de pratiques relevées à l'occasion de la passation d'un marché de sel de déneigement dans le département de la Nièvre ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les lettres du président du Conseil de la concurrence en date du 21 janvier 1998 notifiant aux parties intéressées et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, en application de l'article 22 de l'ordonnance susvisée ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant des sociétés Noacco et Agrégats du Centre entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

En novembre 1993 la direction départementale de l'équipement de la Nièvre a lancé un appel d'offres pour la fourniture de sel de déneigement pour le compte du département. Trois offres lui sont parvenues, dont deux sont arrivées hors délai et ont été écartées, tandis que celle émanant d'un groupement d'intérêt économique, le GIE GT 58, a été retenue.

A. - LE GIE GT 58

Vingt entreprises assurant des transports de matériaux dans le département de la Nièvre se sont réunies le 16 octobre 1993 aux fins de constituer un groupement d'intérêt économique dénommé GT 58. Le compte rendu de cette réunion précise les buts poursuivis, à savoir assurer la promotion et la recherche d'offres, en particulier dans le cadre des travaux de la RN 7 et de la déviation de Nevers, et faciliter la coordination par

rapport aux donneurs d'ordre ; il est précisé que le but du groupement n'est pas de se substituer aux entreprises existantes, mais d'être un complément, chaque entreprise adhérente conservant son indépendance. Une réunion dite constitutive s'est tenue le 6 novembre 1993, regroupant dix-huit entreprises, et les adhérents du groupement ont été convoqués le 4 décembre 1993 pour la signature des statuts et le versement de leur cotisation. A cette date, quinze entreprises ont adhéré au GIE GT 58. Après le rachat par un autre transporteur de la société Guiltat, qui a quitté le GIE, le nombre d'adhérents a été ramené à quatorze. L'inscription du GIE au registre du commerce est effective depuis le 2 février 1994.

Les quatorze adhérents d'origine sont : la SA Noacco, la SA Bongard-Bazot et Fils, Gilbert Edard, la SARL Imphy Automobiles, Daniel Magnien, la SARL Transports Marchal, la SA Transports Martin, la SA Maurisso, René Merchie, la SARL TPM, Michel Pleuchot, Christian Simon, André Sorbier, la SARL Agrégats du Centre. Les entreprises Merchie, Simon et TPM ont ensuite quitté le groupement, tandis que de nouveaux adhérents l'ont rejoint, soit les entreprises : Baudot, Bernard à Boulleret (Cher), GBC, Grandjean, Kremer, et Lebret. Ces dix-sept entreprises représentent ensemble 48 bennes de transport, dont 25 mises à la disposition du GIE. Ce sont des PME aux activités diverses : travaux publics, exploitation de carrières, assainissement, collecte de déchets, exploitation forestière, exploitation agricole. Pour ces activités principales elles disposent de bennes qui, accessoirement, sont utilisées pour des prestations de transport à des tiers, collectivités publiques ou entreprises de travaux notamment. Le chiffre d'affaires du GIE s'est élevé à 10 360 KF en 1994, 15 168 KF en 1995 et 14 968 KF en 1996. A titre de comparaison, en 1993, les entreprises Noacco et Bongard-Bazot, toutes deux adhérentes du groupement, ont réalisé respectivement un chiffre d'affaires de 27 519 KF et 59 000 KF. Dans le département de la Nièvre sont présentes au moins quinze autres entreprises de transport par bennes, non adhérentes au groupement, disposant de 59 bennes. Selon le président du GIE, la plus importante d'entre elles représente à elle seule, en transport par bennes, un chiffre d'affaires équivalent à celui du groupement. Le GIE n'a pas de moyens propres de transport et est en fait un " affréteur ". Il dispose d'un bureau avec deux permanents et gère en moyenne une quarantaine de clients par an pour l'activité de transport par bennes.

L'article 2 des statuts du GIE précise notamment que l'objet du groupement est de créer un bureau commun d'assistance, de coordination, de location et de prestations de services, à l'effet de rechercher et d'accepter tous ordres de transports ou prestations s'y rapportant susceptibles d'être satisfaits par les membres du groupement, de les répartir entre ces derniers en coordonnant la mise en oeuvre des moyens nécessaires à leur exécution, de programmer et d'assurer l'emploi rationnel des véhicules et matériels disponibles, dans des conditions optimales d'utilisation et de rentabilité, de répondre à des consultations pour le transport et la fourniture de matériaux.

Le président du GIE a déclaré que leur adhésion a permis à ses membres d'avoir accès à des marchés plus importants et à une rationalisation de leur activité en ce domaine grâce au rôle de coordination et de répartition rempli par le GIE. Ainsi, le responsable de la société Noacco a déclaré qu'auparavant il avait répondu aux appels d'offres pour la fourniture de sel de déneigement, mais toujours à un prix non compétitif par rapport aux autres offreurs. Par contre l'offre du GIE en 1994, pour la partie transport, a pu être faite à un meilleur prix grâce au regroupement des bennes des adhérents et à la répartition géographique des acheminements en fonction de leurs implantations qui, en limitant les distances à parcourir, permet de réduire les coûts.

B. - LA RÉPARTITION DE L'ACTIVITÉ ENTRE LES ADHÉRENTS

L'article 4 du règlement intérieur prévoit que la répartition des ordres de service " sera effectuée par les soins du directeur du groupement, de la manière la plus équitable possible, de telle sorte qu'il aboutisse sur l'ensemble de l'année à une répartition égalitaire en chiffre d'affaires, cette répartition étant obligatoirement conditionnée par les besoins de la clientèle, la nécessaire adéquation du matériel à ces besoins, la disponibilité du matériel et la durée des contrats. "

L'examen de la répartition du chiffre d'affaires du GIE entre ses membres de 1994 à 1997 a permis de constater que ceux-ci ont participé de manière très inégale à cette activité, quelle que soit la méthode utilisée pour effectuer des comparaisons au cours d'une même année, en évolution de 1994 à 1997, cumulativement sur les quatre années. Par exemple, en 1996, un adhérent a réalisé avec le groupement un chiffre de 261 KF contre 2 403 KF pour un autre.

C. - LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE

L'article 15 du règlement, intitulé " Clientèle ", était rédigé ainsi : " Le groupement de transporteurs ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, la clientèle créée par ses diligences devient la propriété collective et indivisible de ceux-ci. En conséquence, chacun d'eux s'interdit de la démarcher directement ou indirectement pendant la durée de son engagement envers le groupement et, en cas de démission ou d'exclusion, pendant une période de six mois courant de la date de leur prise d'effet. Un additif au présent règlement intérieur précisera le montant de la pénalité, qui sanctionnera cette interdiction. "

Le président du GIE, au cours de l'instruction, a déclaré que cette clause était restée lettre morte et que l'additif relatif à la pénalité n'avait pas été adopté. Il a ajouté qu'il arrivait que des membres du GIE répondent, concurremment à celui-ci, à des consultations de clients. De fait, six des adhérents du GIE ont communiqué des courriers indiquant les propositions de prix ou les prestations qu'ils avaient effectuées à titre individuel auprès de clients du groupement.

Lors de son audition, le président du GIE a indiqué que l'assemblée générale qui s'était tenue le 18 octobre 1997 avait modifié certaines dispositions des statuts et du règlement intérieur, notamment en ce qui concerne les dispositions des articles 4 et 15 du règlement intérieur. Le compte rendu de cette assemblée, adressé ultérieurement, permet de constater la disparition de la référence à une répartition égalitaire du chiffre d'affaires du GIE et la suppression de la clause de non-concurrence des membres vis-à-vis du groupement.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant que la constitution d'un GIE par des entreprises locales de transport de matériaux par bennes, en vue de la coordination et de la gestion des moyens disponibles, ne constitue pas en soi une entente prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'une telle structure permet en effet de rationaliser l'offre collective qu'il représente, en améliorant les rotations et en suppléant à la carence d'un adhérent en faisant appel à un autre membre pour satisfaire la demande, et peut ainsi favoriser une amélioration du service rendu au client ainsi qu'une réduction des coûts susceptible d'être répercutée dans les

prix ; que, cependant, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions lorsqu'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence entre ses membres ;

Considérant, en premier lieu, que l'article 4 du règlement intérieur prévoit que la répartition des ordres de service entre les adhérents doit intervenir de manière à aboutir, sur l'ensemble de l'année, à une " répartition égalitaire en chiffre d'affaires " ; que le représentant des sociétés Noacco et Agrégats du Centre a fait valoir en séance que l'expression " répartition égalitaire en chiffre d'affaires " devait être replacée dans le contexte de l'article 4, qui dispose également que la répartition des ordres de service est obligatoirement conditionnée par les besoins de la clientèle, la nécessaire adéquation du matériel à ces besoins, la disponibilité du matériel et la durée des contrats, et que dès lors elle ne pouvait être entendue comme une répartition des marchés à parts égales entre les membres du groupement ;

Considérant que, si l'application de ces dispositions implique que le directeur du groupement, pour répondre à la demande de chaque client, doit faire appel à l'adhérent ou aux adhérents le mieux ou les mieux placés pour exécuter la commande, en termes de proximité géographique, de capacité de transport ou de disponibilité de matériel, il n'en demeure pas moins que, sur l'ensemble de l'activité du groupement, soit sur un exercice, soit sur plusieurs exercices successifs, il devait faire en sorte que le chiffre d'affaires soit distribué entre les membres à parts égales ; que la garantie d'obtenir, en tout état de cause, sinon en nombre de commandes, au moins en chiffre d'affaires, une part d'activité égale à celle de tout autre membre, était susceptible d'inciter l'adhérent à ne pas faire d'efforts particuliers, par exemple en développant ses capacités de transport, pour obtenir un niveau d'activité plus important au détriment de ses collègues ; qu'ainsi une telle clause avait pour objet et pouvait avoir pour effet de répartir artificiellement les parts du marché entre les entreprises membres du groupement et est, par suite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, en second lieu, que l'article 15 du règlement intérieur, en interdisant aux membres du GIE, lesquels continuent d'exercer, indépendamment de leur participation au groupement, une activité de transport autonome, de démarcher la clientèle du GIE, a pu limiter ainsi les possibilités de concurrencer le GIE pour tout membre qui serait en mesure de proposer des prix plus compétitifs que ceux du GIE, lequel, dans ses propositions, peut être amené à opérer des compensations entre les coûts de ses membres, afin de tenir compte des écarts qui peuvent exister entre eux dans leurs conditions d'exploitation ; qu'une telle clause, ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les membres du groupement, est prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les suites à donner :

Considérant que, pour apprécier la gravité des pratiques, il y a lieu de tenir compte, d'une part du fait que le GIE GT 58 ne regroupe qu'une partie des transporteurs par bennes de la Nièvre ainsi que deux transporteurs du Cher ; que de nombreuses autres entreprises, dont certaines de taille importante au plan local, sont présentes sur le marché ; qu'ainsi il subsiste des possibilités significatives de concurrence en dehors du groupement ; que, d'autre part, le GIE a permis à ses membres d'avoir accès à des marchés ou à des clients auxquels, compte tenu de leur taille ou de leurs moyens d'exploitation individuels, ils n'avaient pu avoir accès auparavant, suscitant ainsi l'émergence, au travers du groupement, d'une possibilité de concurrence

accrue pour ces marchés ou pour des clients plus importants ; que, dans ces circonstances, les clauses prohibées ne revêtent pas un caractère de gravité manifeste ;

Considérant, en ce qui concerne le dommage à l'économie, que, d'une part, le chiffre d'affaires du GIE n'a pas été réparti entre ses membres de façon égalitaire et que cette répartition a varié dans des proportions sensibles d'une année sur l'autre ; que le cumul des chiffres d'affaires individuels des membres de 1994 à 1997 ne met en évidence ni rattrapage ni compensation entre les adhérents ; que, d'autre part, la clause de non-concurrence n'a pas été appliquée ; qu'ainsi des adhérents ont répondu individuellement à des demandes émanant de clients du groupement sans que leur démarche soit critiquée ou sanctionnée ;

Considérant enfin que, par décision de l'assemblée générale du GIE du 18 octobre 1997, d'une part, l'article 4 nouveau du règlement intérieur ne prévoit plus de répartition égalitaire entre les adhérents du chiffre d'affaires du groupement, d'autre part, l'article 15 nouveau du règlement intérieur a supprimé l'interdiction faite aux adhérents de démarcher la clientèle du groupement et précise que chaque entreprise a ou aura la possibilité, lors de consultations, de répondre indépendamment de l'offre faite par le groupement ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si les dispositions des articles 4 et 15 du règlement intérieur du GIE GT 58 avaient pour objet de restreindre le jeu de la concurrence entre ses membres et recelaient une potentialité d'effet anticoncurrentiel, il n'est pas établi qu'il en est résulté un dommage à l'économie, ni qu'elles ont revêtu un caractère de gravité manifeste ; qu'en conséquence, après avoir pris acte que les clauses prohibées ont été modifiées, il n'y a pas lieu d'infliger de sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises concernées, ni de prononcer d'injonction,

DÉCIDE

Article 1^{er} : Il est établi que les entreprises SA Noacco, SA Bongard-Bazot et Fils, Gilbert Edard, SARL Imphy Automobiles Daniel Magnien, SARL Transports Marchal, SA Transports Martin, SA Maurisso, René Merchie, la SARL T.P.M., Michel Pleuchot, Christian Simon, André Sorbier, SARL Agrégats du Centre ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2 : Il n'y a lieu ni à sanction, ni à injonction à l'encontre des entreprises visées à l'article 1^{er}.

Délibéré, sur le rapport de M. Philippe Komiha, par M. Barbeau, président, M. Cortesse, vice-président, et M. Callu, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

Le rapporteur général,

Le président,

Marie Picard

Charles BARBEAU